

## A ARBITRAGEM E O PODER JUDICIAL

José Anselmo de Oliveira\*

**RESUMO:** Cuida-se de uma análise sobre o papel do sistema judicial brasileiro na consolidação da arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos, desde a formação dos profissionais do Direito até o papel do Conselho Nacional de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Federais e Estaduais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Judiciário. Formação dos advogados e magistrados. Conselho Nacional de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. Tribunais Federais e Estaduais.

### 1. OS DESAFIOS DA ARBITRAGEM PERANTE O SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO

Apesar da arbitragem ser um instituto jurídico conhecido desde a Constituição do Império, em 1824, a sua implementação e consolidação no Brasil não andou no mesmo passo da Europa ou mesmo da América do Norte, especialmente nos Estados Unidos e no Canadá.

Podemos mesmo compreender que a nossa herança cultural ibérica e o processo de colonização brasileiro contribuíram para que a arbitragem fosse vista com desconfiança e até desprezo pelas partes que poderiam fazer uso deste meio de solução de conflitos que dispensa a presença do Estado-Juiz.

Assim é que o próprio sistema judicial não hesitou em valorizar o modelo de jurisdicionalização que ainda prevalece, ou seja, o Estado como provedor e responsável pela solução dos conflitos através do processo judicial e tendo como desiderato a sentença judicial, após todos os recursos possíveis, transitando em julgado. Apta para ser executada

---

\* Juiz de Direito do TJSE. Graduado em Direito pela UFS e Mestre em Direito Constitucional pela UFC. Professor da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (Esmese) e da Pós-graduação da Faculdade de Sergipe FASE-Estácio. Membro da Academia Sergipana de Letras (ASL), titular da Cadeira 21. Presidiu a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Aracaju (2009-2010). Membro titular do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (2009-2011). Ouvidor Geral do TRE-SE (2010-2011). Presidente do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE, 2010-2011). Autor de livros e artigos jurídicos. Conferencista em diversos eventos jurídicos locais e nacionais.

em juízo e não menos burocratizada com todos os meios de defesa garantidos ao devedor.

O reconhecimento de que o Poder Judiciário não suporta atender a demanda existente e ainda a demanda reprimida, que em números do Conselho Nacional de Justiça podemos afirmar que são cerca de 90 milhões de processos tramitando no Brasil<sup>1</sup>, o que faz com que casos simples fiquem anos aguardando julgamento. A situação é mais grave quando se trata de demandas de alta complexidade técnica, por isso as empresas cada vez mais vem utilizando o instituto da arbitragem.

Porém, não basta o aumento das demandas judiciais e nem mesmo o reconhecimento de que falta condições adequadas para a entrega da prestação jurisdicional em um prazo razoável pelo Poder Judiciário para que a arbitragem tenha o seu efetivo reconhecimento como instrumento capaz de garantir soluções aos conflitos que podem ser seu objeto.

É necessário que se estabeleça uma relação nova de reconhecimento do valor e da importância da mediação e da arbitragem pelo Poder Judiciário. O que não se faz com palavras, mas com atitudes.

Para isso, entendo com Welber Barral que é preciso acabar com os mitos políticos e ideológicos que rondam a arbitragem, por exemplo:

1º) “A Lei de Arbitragem tem motivação legislativa espúria”, querendo desnaturar a legitimidade e legalidade do Congresso Nacional ao supor que a lei tenha sido uma imposição de grupos econômicos poderosos interessados em afastar, da tutela do Judiciário, os consumidores e as partes mais frágeis nos contratos de adesão. O Projeto de Lei 78/92 foi exaustivamente discutido por quatro anos até se transformar na Lei 9.307/96, sem contar a discussão no meio acadêmico que remonta à década de 80 do século passado, quando diversas obras foram publicadas, sobretudo a partir da produção do Departamento de Direito Internacional da USP, e para citar: Mercadante, 1977; Soares, 1984; Rangel, 1985; Magalhães & Baptista, 1986; Carmona, 1990; e, Nery Jr, 1992. A nova lei é fruto da contribuição de juristas insuspeitos como Petrônio Muniz, Selma Lemes e Carlos Alberto Carmona, entre outros que colaboraram ativamente na elaboração do anteprojeto. Ademais, os árbitros não podem deixar de aplicar o que está previsto no Código de Defesa do Consumidor, sob pena de nulidade da sentença arbitral.

2º) “A Arbitragem renasce somente no Brasil”, isto é prova da ignorância

sobre o assunto, desconhecimento da evolução da arbitragem no plano internacional, desde a Convenção de Nova Iorque, firmada sob os auspícios da ONU, em 1958. Convenção que consagrou os princípios modernos relativos à arbitragem e sua adoção por mais de 130 países. Na América Latina em 1975 a Convenção do Panamá, repetiu os mesmos princípios da Convenção de Nova Iorque. O Brasil, que já havia ratificado o Protocolo de Genebra de 1923, ratificou também a Convenção do Panamá, o que assegura a obrigatoriedade daqueles princípios nas arbitragens internacionais que envolvam partes brasileiras. Em 1985, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) divulgou uma lei-modelo como molde legislativo às novas normas nacionais sobre arbitragem de forma compatível com as convenções internacionais sobre a matéria, o que promoveu notável uniformização da matéria em todo o planeta, inclusive com a lei brasileira de 1996 e que não difere muito das leis em ordenamentos tão diversos como os da Suíça, Bélgica, Inglaterra, Espanha, Rússia, China e Índia.

3º) “A arbitragem é inconstitucional”, análise equivocada sobre a natureza jurídica da arbitragem e dos limites impostos pelo art. 5º, XXXV, da CF/88, e o próprio STF em 2001, depois de longa discussão, reconheceu a constitucionalidade da Lei 9307/96 pelo voto de sete ministros: Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Carlos Velloso.

4º) “A arbitragem esvaziará o Judiciário”, em absoluto esse mito pode existir, mesmo porque o Judiciário brasileiro se todas as demandas arbitráveis fossem retiradas, muito trabalho restaria aos juízes togados, uma, pela demanda reprimida; duas, pelo número de questões que envolvem o interesse público. Portanto, não há razão lógica e nem mesmo séria para se crer nesta possibilidade.

5º) “A arbitragem prejudica a advocacia”, não há qualquer inferência de ordem prática e nem mesmo se vislumbra na experiência estrangeira. Ao contrário, a arbitragem abre novos nichos de profissionais altamente especializados em um mercado onde a forma tradicional do trabalho advocatício parece desmotivar os jovens profissionais.

O sistema judicial, que compreende não somente o Poder Judiciário,

nesse caso deve ser incluído o advogado, como essencial a administração da justiça conforme comando constitucional do art. 133, da CF/88, tem como desafio uma mudança de ordem cultural e institucional para admitir a arbitragem como um instrumento efetivo da resolução de conflitos de modo alternativo ao poder jurisdicional do Estado.

## **2. A FORMAÇÃO DOS ADVOGADOS E MAGISTRADOS COMO MEIO DE INCREMENTAR A ARBITRAGEM**

Toda mudança cultural depende de um processo que se inicia na formação dos quadros dos bacharéis em Direito, futuros operadores na condição de magistrados ou advogados.

Sabidamente, ainda persiste um modelo de ensino jurídico, com honrosas exceções, voltado para formar um profissional que confunde a defesa dos interesses jurídicos dos seus clientes com uma disputa de boxe. No imaginário popular quando um jovem é briguento se diz logo que tem perfil para advogado. Nada mais tão fora de moda. Verdadeiro “mico”, como dizem os mais jovens.

Os magistrados que saem dessa mesma massa de bacharéis imaginam assim o Judiciário, o local das disputas, onde o juiz do alto do poder que lhe é conferido pelo Estado pode quase tudo.

Neste panorama, é difícil imaginar que outros meios alternativos ao processo judicial para a solução dos conflitos tenham espaço. Cito a resistência ainda dos juizados especiais, das centrais de conciliação e mediação, e porque não da arbitragem.

Argumentavam falaciosamente que a arbitragem fez surgir vários casos de estelionato e de exploração da boa-fé das pessoas e que levariam ao descrédito. De fato, logo de início, espertalhões vislumbraram mais do que os advogados, a oportunidade de mercado, e criaram de qualquer jeito os chamados “tribunais de arbitragem” e se autodenominaram de “juízes arbitrais” com a finalidade de enganar os incautos. Isto, em minha opinião, somente ocorreu por houve uma grande omissão, um obsequioso silêncio, quando a lei foi sancionada. Faltou esclarecer ao cidadão o que significa arbitragem, o árbitro, o processo arbitral.

Todos temos um pouco da culpa pela omissão. Omissão que visava que a nova lei “não pegasse”, como se diz muito no Brasil.

Ocorre, que apesar dos maus agouros, a arbitragem vem se consolidando de tal modo que já existem disciplinas em algumas

faculdades de Direito como reconhecimento da sua importância. Em Sergipe, pessoalmente, contribui com a realização do primeiro curso de pós-graduação em mediação e arbitragem, concebendo e coordenando, que foi encerrado com palestra do Ministro José Delgado, à época, decano do Superior Tribunal de Justiça e membro efetivo do Tribunal Superior Eleitoral.

Penso, portanto, que uma chave importante para que a mediação e arbitragem possam evoluir no Brasil é ainda na graduação a implementação da cultura da mediação e da arbitragem através de disciplinas e laboratórios como Câmaras Arbitrais e Centros de Mediação.

### **3. A IMPORTÂNCIA DO CNJ, DO STJ E DOS TRIBUNAIS FEDERAIS E ESTADUAIS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA CULTURA DA ARBITRAGEM**

O Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional 45/2004, possibilitou dar um caráter nacional à Justiça brasileira, e também implementar ações que objetivem dar celeridade na prestação jurisdicional através de políticas públicas, planejamento e gestão.

Assim, é que em 2006, a Presidente do STF e do CNJ, Ministra Ellen Gracie, lançou um programa chamado *Conciliar é legal*, base das futuras semanas nacionais de conciliação e de todo um apoio aos meios alternativos de resolução de conflitos.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal foi palco de seminário sobre Poder Judiciário e arbitragem, com a participação de ministros, juízes, desembargadores, acadêmicos e árbitros brasileiros e estrangeiros, onde discutiram temas como medidas urgentes e de apoio, execução da cláusula e da sentença arbitral e a ação anulatória, o princípio da não-intervenção na arbitragem, bem como a homologação de laudos e decisões estrangeiras. Participaram a Ministra Ellen Gracie, o Ministro aposentado e ex-membro do Tribunal Internacional de Justiça, em Haia, Holanda, Francisco Rezek, a Ministra do STJ, Nancy Andrigli, e os estrangeiros, Donald Donovan, presidente da Sociedade Americana de Direito Internacional e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Nova Iorque e Albert Jan van den Berg, professor de Direito e Arbitragem da Universidade Erasmus de Roterdã e presidente do Instituto de Arbitragem da Holanda.

O Superior Tribunal de Justiça tem um papel fundamental no

fortalecimento da arbitragem no Brasil em razão de ser o competente para homologação de laudos e sentenças arbitrais estrangeiras, conforme o art. 105, I, alínea i, da CF/88, e também em sede de recurso especial quando aprecia a legislação federal, construindo uma jurisprudência que reforce os princípios da arbitragem, como se verifica no Resp 1.297.974, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, onde ficou estabelecido que o Judiciário não pode intervir, nem mesmo julgando ações cautelares, se uma corte arbitral já está formada. Outro entendimento importante é quanto ao alcance da lei da arbitragem se aplica aos contratos anteriores que contenham cláusula admitindo a arbitragem, como a do Resp 934.771, da relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão.

Os demais Tribunais Federais ou Estaduais poderão contribuir afirmativamente reconhecendo a legalidade da cláusula compromissória ou compromisso arbitral, conforme prevê o art. 3º, da Lei 9.307/96.

#### 4. CONCLUSÕES

A título de conclusão, podemos dizer que o Judiciário brasileiro por meio do CNJ, do STF e STJ tem contribuído de maneira significativa para que a arbitragem tenha reconhecido o seu papel na resolução dos conflitos sem a necessidade da intervenção do Estado-Juiz.

Os tribunais federais e estaduais ainda necessitam estabelecer uma relação de aproximação com a cultura da mediação e da arbitragem, fruto ainda da formação tradicional dos nossos operadores do direito esse sentimento de alheamento que permeiam estes órgãos jurisdicionais. Entretanto, existem experiências positivas como a iniciativa do Tribunal de Justiça de Pernambuco que criou o Sistema de Resolução Consensual e Arbitral de Conflitos composto de Centrais, Câmaras e Serviços de Conciliação, Mediação e Arbitragem, bem como das Casas de Justiça e Cidadania e do *Programa Justiça Comunitária*.

O Supremo Tribunal Federal tem promovido seminários objetivando discutir os meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação e arbitragem, dirigido a magistrados e demais operadores do direito.

Acredito nos meios de resolução consensual de conflitos e também na arbitragem como instrumentos de pacificação e de promoção de desenvolvimento econômico.

## THE ARBITRAGE AND THE JUDICIAL POWER

**ABSTRACT:** Cares if an analysis on the role of the judicial system brazilian in consolidation of arbitration as an alternative means of conflict resolution, since the training of professionals in the right up to the role of the National Council of Justice, the Superior Court of Justice and the federal courts and State.

**KEYWORDS:** Arbitration. Judicial. Training of lawyers and magistrates. National Council of Justice. Superior Court of Justice. Federal courts and State.

### Notas

<sup>1</sup> Justiça em números, CNJ, 2012.

### REFERÊNCIAS

- BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*. Editora OAB/SC, 2000.
- BATISTA MARTINS, Pedro A. *Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990,
- BATISTA MARTINS, Pedro A.. “Embaraços na implementação da Arbitragem no Brasil, até o advento da Lei nº 9.307/96, e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto”. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.
- CNJ. Poder Judiciário. *Justiça em números*. 2012.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- WALD, Arnaldo. “Da constitucionalidade da Lei n. 9307/96”, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: RT, ano 3, n.7, jan./mar. 2000.